

# JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO  
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



ISSN 1807-792X  
#72807/79000  
00000  
Edição 100 - Dezembro de 2008  
R\$ 16,90

## BARACK OBAMA A ESPERANÇA DO MUNDO

**Editorial:** TORTURA É CRIME INSUSCETÍVEL DE ANISTIA

# DAS LIMINARES E DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Massami Uyeda

Ministro do STJ  
Membro do Conselho Editorial

O estudo dos institutos da liminar e da antecipação de tutela há de relacionar-se com os escopos do processo e sua efetividade como instrumentos de urgência de prestação jurisdicional.

Na impossibilidade de se alcançar o padrão de justiça ideal – segundo o qual, na sugestiva imagem formulada por Cirrel Czerna, no Olimpo dos Deuses Gregos, uma colisão de bigas, sob o olhar atento e vigilante de Themis, a deusa da Justiça, instantaneamente seria reparada, com o certo, preciso e infalível dardo da sentença divina, repondo as coisas no seu *status quo ante*, dando a cada um o que é seu –, a justiça entre os seres humanos há de ser feita, banida a realização de justiça pelas próprias mãos, por meio de regular processo judicial, sob o patrocínio e condução do Estado-Juiz.

O processo, como instrumento da efetivação do direito, assume contornos de garantia individual constitucional, consagrada no dístico do *due process of law*.

Nessa ordem de idéias, o processo deve amoldar-se ao direito material de modo a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano suportado pelo titular do direito lesado, mas a proporcionar a mais adequada, objetiva e rápida concretização do direito da parte que tem razão, como sustenta Theodoro Junior (*in* “Curso de Direito Processual Civil”, Forense, vol.II, 42ª ed., pág. 736).

Contudo, como conciliar o fator tempo de duração do processo com o da segurança jurídica, se, para se alcançar esta segurança jurídica, há que se observar, no desenrolar da lide posta em juízo, os postulados do contraditório, da ampla

defesa, do duplo grau de jurisdição, os quais demandam concessão de prazo temporal para seu exercício?

Se a insatisfação do direito material da parte é um dano imediato que a outra parte já lhe impôs, e ao processo corresponde a tarefa de repará-lo, a delonga processual, que é inerente ao regular andamento do processo, pode acarretar um novo dano.

É certo que os mecanismos da imposição de juros moratórios, da correção monetária e de outros acessórios visam a compensar o dano decorrente da demora na prestação jurisdicional, mas, por óbvio, não promovem a *restitutio in integrum* do direito material lesionado.

A doutrina tem denominado este dano, assim configurado, como “dano marginal”, decorrente do descumprimento do dever jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela demora processual.

Este cenário fático não passou despercebido ao legislador, que, como forma de atenuar os efeitos deletérios da delonga processual, criou institutos jurídicos que permitem efetivação jurisdicional mais célere, como o dos títulos extrajudiciais, os quais dispensam a fase cognitiva para a constituição do título executivo, possibilitando-se a imediata execução; reduziu fases procedimentais ao instituir o rito sumaríssimo; implantou Juizados Especiais, tanto Cíveis, quanto Criminais; adotou a ação monitória; estimulou a adoção de meios alternativos para a resolução de conflitos de interesse.

Entretanto, tais medidas ainda são insuficientes para se chegar a um mínimo de efetividade da prestação jurisdicional.

Estas considerações são aqui feitas no pressuposto de

“SE A INSATISFAÇÃO DO DIREITO MATERIAL DA PARTE É UM DANO IMEDIATO QUE A OUTRA PARTE JÁ LHE IMPÔS, E AO PROCESSO CORRESPONDE A TAREFA DE REPARÁ-LO, A DELONGA PROCESSUAL, QUE É INERENTE AO REGULAR ANDAMENTO DO PROCESSO, PODE ACARREAR UM NOVO DANO.”

que a parte autora é quem, ao final do trâmite processual, venha a ser declarada vencedora, entretanto, há considerar-se a hipótese de que a parte contrária, contra quem se propôs a ação, é quem possa vir a ser declarada vitoriosa.

Exatamente, para que se possa aplicar o Direito ao caso concreto, para que se possa decidir a lide, faz-se necessário o processo.

O processo instrumentaliza o direito de ação. E o direito de ação afigura-se um direito subjetivo que a parte supostamente lesionada em seu direito busca sua reparação perante o Poder Judiciário. Trata-se de direito subjetivo, cujo exercício é prestigiado pela Constituição como garantia individual (art.5º, inciso XXXV).

A pretensão da parte autora de ver satisfeita a reparação de seu direito violado há de percorrer um itinerário processual, cujo escopo é obter-se o reconhecimento da violação do direito, constituindo-lhe um título judicial executivo.

Vê-se, assim, que a efetivação do direito da parte de quem viu seu direito violado por outrem, para que possa se concretizar, demanda tempo que, na maior parte das vezes, não repõe a integralidade da reparação desejada.

Por isso é que o próprio legislador editou normas que possibilitam a expedição de medidas de urgência, seja por meio de medidas liminares, seja por medidas antecipatórias, como forma de prevenir os danos que advenham da delonga, sob a ótica de que, ao se aguardar a regular tramitação do processo, proclamada a procedência da ação, ao se efetivar a execução, o objeto da demanda pode não mais existir. Estas medidas configuram a tutela de urgência.



Foto: Sandra Fado / STJ

Estas tutelas de urgência ensejaram o surgimento de uma outra espécie de processo. Ao lado do processo de conhecimento – que é aquele que tem por objetivo a declaração e constituição de um direito, com a formação de um título executivo judicial –, e da conseqüente execução, necessário, para a efetivação e realização do título executivo, o processo cautelar.

O processo cautelar é um processo que tem por finalidade acautelar o processo principal. Ou, em outras palavras, é um processo que visa a prevenir e acautelar os efeitos da demora no feito principal, possibilitando-se a prolação de sentença que seja útil ao processo principal. No processo cautelar não há satisfação do direito material perseguido pelo autor. O que se objetiva no processo cautelar é a proteção do direito disputado na ação.

Na antecipação de tutela, ao contrário, há uma prévia antecipação do direito material, ou seja, há prévia antecipação da procedência do pedido do autor.

Ambas medidas servem ao propósito de possibilitar uma outorga antecipada da providência, seja no campo processual, seja no campo do direito material.

Exemplifiquemos, para melhor compreensão. Medida cautelar de separação de corpos de casal há de servir ao propósito de alicerçar e preparar ação de separação. Na medida cautelar, não se indaga quanto ao mérito, se o autor é quem está com a razão ou não. Pede-se a separação de corpos como medida acautelatória da separação, sendo necessária sua concessão, para evitar-se dano maior, posto que os cônjuges, estando em litígio, não é prudente exigir-se devam conviver sob o mesmo teto. Nesta hipótese, a medida cautelar é antecedida por um pedido de concessão de medida liminar para que, antes mesmo de se ouvir a parte contrária, se defira a separação de corpos ao cônjuge requerente. Liminar tem o sentido de inicial, no limiar, na soleira, na entrada da ação. E diz-se *inaudita altera pars* porque concedida sem a oitiva da outra parte. Vê-se, portanto, que uma medida assim deferida há de preencher requisitos para sua concessão, sob a prudente apreciação do Juiz.

A ação cautelar serve como preparatória da ação principal. E, por isso, seu propósito é servir de garantia do processo.

No caso de antecipação de tutela, o que se tem é uma antecipação do próprio direito que se persegue na ação. É o caso, por exemplo, do autor de uma ação de reparação de danos decorrentes de acidente automobilístico quando pleiteia a antecipação do pagamento de despesas decorrentes de intervenção cirúrgica. Este pedido tem natureza de uma antecipação do próprio direito perseguido na ação.

Por isso é que se diz que na tutela antecipatória há uma satisfação do direito material.

Ambas as modalidades de tutelas de urgência, para que possam ser concedidas, devem observar requisitos essenciais, os quais serão analisados e sopesados pelo Juiz.

No caso das liminares em medidas cautelares, necessária a configuração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Por *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) deve-se entender que a alegação há de ter a aparência de bom direito, ou seja,

que a alegação repouse em fundamento jurídico consistente, que o direito seja plausível. E, por *periculum in mora*, deve-se entender o risco que a delonga processual possa causar ao requerente, de tal sorte que, ao final da tramitação processual, proclamada a excelência de seu direito, o objeto da controvérsia possa até mesmo não mais existir.

Já no tocante às tutelas antecipatórias, na forma do artigo 273 do Código de Processo Civil, é necessário que haja a verossimilhança da alegação; sob pena de, caso não seja concedida a antecipação, ao final pereça o direito; ou que possa a parte contrária opor injustificada resistência no decorrer do processo ou evidenciar-se manifesto propósito protelatório do réu.

Em ambas as situações, há que se pautar o Juiz por critérios de razoabilidade e proporcionalidade. E há que se decidir motivadamente (art.93, inc. IX, da Constituição Federal).

E aqui se faz necessário abrir um parêntese para uma confissão: na difícil tarefa de julgar, de dar a cada um o que é seu, o Juiz, no momento em que é convocado a apreciar um pedido de concessão de liminar ou de antecipação de tutela jurisdicional, sente a solidão que o cerca, pois, sem ter a oportunidade de ouvir a parte contrária, diante da relevância da questão apresentada, premido pela necessidade de decidir rapidamente, pois emergencial a situação que se apresenta, há de confiar em seu “*feeling*”, lastreado em seus conhecimentos jurídicos e sua formação, para deferir ou indeferir o pedido. Sem sombra de dúvida que, neste momento, o Juiz sente ter sobre seus ombros a pesada carga de responsabilidade de ter de decidir até mesmo o destino de uma pessoa, de uma empresa ou de uma coletividade.

Tanto as medidas liminares quanto as decisões que deferem a antecipação de tutela têm natureza provisória, podendo ser revistas no curso do processo.

E também não se circunscrevem apenas às hipóteses de cabimento e concessão *initio litis*, ou seja, no limiar da propositura da ação. Podem ser concedidas em outras fases processuais, como, por exemplo, após audiência de instrução; no corpo da própria sentença; em ações cautelares incidentais à interposição de recursos.

Esclareça-se, ainda, que as medidas de urgência, concedidas liminarmente ou em antecipação jurisdicional, acham-se sob o crivo de recursos para a instância superior.

Embora se considere que “não há nada de novo sob o sol”, segundo visão e perspectiva macroscópica da História, não se pode deixar de considerar que, no cotidiano de todos, os fatos da vida são dinâmicos e cambiariiformes, os quais assemelham-se às imagens vistas num caleidoscópio.

O Direito, como conjunto de normas que visam reger as relações jurídicas dos integrantes do corpo social, traça diretrizes de conduta, delimitando direitos e obrigações. Entretanto, nem todas as situações e ocorrências são cobertas pela dicção da lei. Como conciliar, portanto, a aplicação da lei a tais situações?

Cabe ao intérprete e ao aplicador da lei especificá-la ao caso concreto. Esta, pois, a razão de se dizer que a sentença judicial especializa a lei ao caso concreto.

